



Todo o conteúdo deste periódico, exceto onde está identificado, está licenciado sob uma [Licença Creative Commons](http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

All the contents of this journal, except where otherwise noted, is licensed under a Creative Commons Attribution License.

Fonte: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_pdf&pid=S0102-311X2005000200032&lng=en&nrm=iso&tlng=es. Acesso em: 20 jan. 2013.

Aborto e inviabilidade fetal: el debate brasileño

Abortion and fetal non-viability:
the Brazilian debate

Debora Diniz ¹

Abstract

¹ ANIS: Instituto de Bioética,
Derechos Humanos y Género,
Brasília, Brasil.

Correspondencia

D. Diniz
ANIS: Instituto de Bioética,
Derechos Humanos y Género.
C. P. 8011, Brasília, DF
70673-970, Brasil.
anis@anis.org.br

The Case Against Non-Compliance with the Fundamental Principle concerning Anencephaly, under review by the Brazilian Supreme Court, is a milestone in the debate on abortion in Latin America. Since the currently prevailing version of the Brazilian Penal Code was enacted in 1940, there has been fierce resistance to any change in the country's abortion policy. This article discusses the arguments and political strategies used in the anencephaly suit brought before the Supreme Court, particularly the ethical and legal position that interruption of pregnancy in cases of anencephaly does not constitute abortion, but should be considered a therapeutic anticipation of delivery.

Anencephaly; Fetal Viability; Bioethics; Abortion

El avance en las técnicas de Medicina Fetal sumado a la ausencia de terapias viables encendió el debate sobre el derecho de las mujeres a la interrupción de la gestación en casos de anomalías incompatibles con la vida. Durante el periodo en el que estas técnicas estuvieron restringidas a la medicina privada, las decisiones estaban fundamentadas en una ética a pie de cama de cuño esencialmente casuístico. Cada caso era particular y estaba protegido por el sigilo médico y apoyado en una solidaridad de los médicos con el sufrimiento de las mujeres. El sigilo y la solidaridad con el sufrimiento fueron dos principios que distanciaron la cuestión de la interrupción de la gestación en casos de inviabilidad fetal del debate sobre la moralidad del aborto en Brasil. Escasas fueron las mujeres de la medicina privada que fueron al Ministerio de Justicia o a la Fiscalía General a buscar autorización para la interrupción de la gestación.

Fue a mediados de los años 90, con la popularización de la ecografía en la medicina pública, cuando la pregunta sobre lo que se debe hacer ante un diagnóstico de inviabilidad fetal sobrepasó las fronteras de los consultorios y hospitales y alcanzó los tribunales y el parlamento. Las negociaciones sobre cual es la mejor decisión no quedaron entonces más restringidas a pie de cama y el sigilo ya no era una garantía para el ejercicio de la solidaridad entre médicos y mujeres embarazadas. En la me-

dicina pública, la negociación moral sobre la interrupción de la gestación de fetos inviables incluía un equipo de salud y solicitudes judiciales. No era extraño que los casos aparecieran en noticias de periódicos de circulación nacional donde las mujeres estampaban sus dramas personales ante la expectativa de así solucionarlos más rápidamente ¹.

El debate sobre cual es la mejor decisión ante el diagnóstico de inviabilidad fetal pasó a ser intensamente discutido en los circuitos médicos y jurídicos brasileños en la última década. A diferencia de muchos países, donde la popularización de las técnicas de diagnóstico ocurrió en un contexto legislativo de reconocimiento del derecho al aborto como un derecho reproductivo, el tema de la interrupción de la gestación por malformación incompatible con la vida pasó a ser pauta del debate sobre el aborto en Brasil ². A pesar de que el Código Penal no prevé una exención de pena para este caso, se estima que, desde 1989, por lo menos 3 mil procesos autorizaron a mujeres a interrumpir la gestación en casos de anomalías incompatibles con la vida ³. Gran parte de estos procesos era de mujeres pobres, usuarias del sistema público de salud, para quien la autorización judicial era la condición de posibilidad de realización del procedimiento médico.

Desde 1972, cuando por primera vez un proyecto de ley sobre interrupción de la gestación por malformación fue propuesto en el Congreso Nacional, hubo una intensa articulación entre la Medicina, el Derecho y los Movimientos Sociales. El primer proyecto de ley (PL 632/1972) del entonces diputado federal Araújo Jorge (MDB-RJ) era marcadamente eugenésico, cuya intención era impedir el nacimiento de deficientes y cohibir la reproducción de personas deficientes. El tema de la eugenesia siempre acompañó el debate legislativo sobre la interrupción de la gestación por malformación fetal, pero antes como un contra-argumento de los parlamentarios opuestos a la práctica que como una razón moral para la autorización de la práctica en el país. Solamente un proyecto de ley (PL 1.459/2003), del diputado federal Severino Cavalcanti (PPB-PE), propone la criminalización de la interrupción de la gestación de fetos inviables, calificándola como "aborto eugenésico". Durante los últimos quince años, período de mayor concentración del debate legislativo y jurídico, no hubo ningún proyecto de ley en los términos del PL 632/1972. La ape-

lación ética es la de la autonomía reproductiva, amparada en la certeza científica de la inviabilidad fetal.

El tema de la interrupción de la gestación por malformación fetal reconoció tres espacios de debate público como prioritarios en Brasil. El Legislativo fue el primero de ellos con la presentación de proyectos de ley que tenían por objetivo, en su mayoría, reglamentar el derecho a la interrupción de la gestación en estos casos. De 1972 a 2004, fueron presentados 12 proyectos de ley sobre el tema de la malformación fetal grave. De los 12 proyectos, 6 fueron presentados en el segundo semestre de 2004, después de la tramitación de la acción sobre anencefalia en el Supremo Tribunal Federal (STF). El objetivo de los proyectos más recientes es regularizar el derecho a la interrupción en caso de anencefalia en el feto, en caso de que el juicio en el STF no regularice definitivamente la práctica en el país. En líneas generales, son proyectos de ley que traducen el proceso judicial en tramitación en el STF en una propuesta de ley. Pero una característica del debate legislativo más reciente es la fuerte participación del Senado Federal con la proposición de tres proyectos, pues tradicionalmente el tema del aborto fue discutido en la Cámara de los Diputados. Existe, no obstante, un conjunto de otros proyectos que proponen la autorización o la prohibición total del aborto en el país, lo que terminaría por legislar sobre la malformación fetal.

El segundo escenario de negociación fue el del Ministerio de Justicia y el del Ministerio Público, donde los primeros casos de interrupción fueron autorizados. Se estima que la primera autorización judicial fue concedida a una mujer embarazada de un feto con anencefalia en 1989, en Rondônia ⁴. Estudios sobre el contenido de las primeras resoluciones brasileñas mostraron que si, por un lado, la vasta mayoría de los procesos era favorable a las mujeres, concediéndoles el derecho a interrumpir la gestación, por otro lado, las peticiones negadas lo eran por fundamentos antes religiosos que jurídico-penales ^{5,6,7}. En 1997, el primer programa de atención a mujeres embarazadas de fetos con malformación fetal incompatible con la vida fue instituido en el Ministerio Público del Distrito Federal y Territorios ⁸. Por medio de este programa, las mujeres que desearan interrumpir la gestación eran encaminadas del servicio público de referencia a una fiscalía especializada, que emitía la autorización en 24

horas. Solamente en el Distrito Federal, más de 150 mujeres fueron atendidas.

El tercer escenario de discusión pública fue el STF con el juicio de la Argumentación de Descumplimiento del Precepto Fundamental (ADPF) sobre la anencefalia, un proceso presentado por la Confederación Nacional de los Trabajadores en Salud en 2004. El objetivo de la acción era garantizar el derecho a la interrupción de la gestación en casos de anencefalia y proteger a los profesionales de salud que socorriesen a las mujeres ⁹. La acción presentada al STF fue resultado de un proceso de discusión iniciado en la década de 1990, habiéndose convertido en un marco del debate sobre derechos reproductivos en Brasil. Desde la propuesta de la acción en el STF, el tema de la anencefalia se mantuvo en la pauta política de discusiones, provocando la abertura de una reflexión amplia sobre la legislación brasileña sobre el aborto. Por primera vez en la historia política brasileña, el gobierno federal se comprometió a enfrentar y revisar el carácter punitivo de la legislación de aborto, tal como fue propuesto en 2004 por el *Plan Nacional de Políticas para las Mujeres* ¹⁰. Una movilización política tan grande en torno al tema del aborto solamente se había producido con ocasión de la votación de la propuesta de enmienda constitucional (PEC 25/1995), en 1996, que propuso la revisión constitucional para la inclusión del principio del derecho a la vida desde la concepción, lo que terminaría por revocar los dispositivos de exención de pena previstos por el Código Penal ¹¹.

El caso de la anencefalia se convirtió en el paradigma de un debate más amplio sobre derechos humanos y aborto en Brasil. La acción presentada al STF fue un instrumento jurídico nuevo, todavía poco utilizado en Brasil. La ADPF fue prevista por la Constitución de 1988, aunque solamente reglamentada por un decreto presidencial en 1999 ¹². Por medio de la ADPF es posible que una acción sea presentada directamente de la sociedad al STF, no siendo necesario recorrer el itinerario jurídico de juzgados locales y tribunales intermedios. La CNTS era una entidad jurídicamente legítima para presentar una acción directamente al STF y apoyada por entidades feministas y de derechos humanos presentó la ADPF en junio de 2004. El 1º de julio, el Ministro Marco Aurélio Mello concedió la resolución a petición de la ADPF. Hasta el 20 de octubre, momento de la anulación de la resolución por el STF, mujeres embarazadas de fetos con anencefalia fueron autorizadas a interrumpir la gestación y los profesionales de salud que las atendiesen no

corrían el riesgo de procesos judiciales por acusación de práctica ilícita de aborto. Aunque la resolución haya sido anulada por cuestiones procesales, el juicio de mérito todavía no se produjo, y la estimación es que el caso sea definitivamente juzgado en 2005 por el pleno del STF.

Una investigación realizada en ocho Estados mostró que 58 mujeres fueron beneficiadas por la resolución mientras estuvo en vigor ¹³. La gran mayoría de estas mujeres era pobre y usuaria del Sistema Único de Salud (SUS), un perfil socio-económico semejante al universo de los procesos anteriores autorizados por jueces y fiscales. Hay dos explicaciones posibles para esta concentración en este grupo poblacional. La primera, y más probable, es que son las mujeres pobres las principales usuarias del SUS, puesto que una gestación se interrumpe en hospitales públicos solamente con autorización judicial previa. La segunda explicación es la que se atribuye a una mayor incidencia de disturbios en el cierre del tubo neural, grupo de malformaciones del que la anencefalia forma parte, debido a cuestiones nutricionales como la ausencia de ácido fólico. Cuanto más pobre es la mujer, mayor sería la probabilidad de presentar carencias nutricionales y, por tanto, mayor sería el riesgo del feto de ser anencéfalo.

Por más que la correlación de la anencefalia con la carencia de ácido fólico ya esté consolidada en la literatura médica, no todas las causas de anencefalia fetal derivan de la carencia de ácido fólico ¹⁴. Causas genéticas o incluso todavía desconocidas corresponden a por lo menos 60% de los casos ¹⁵. Es decir, la concentración de casos entre mujeres pobres parece estar antes derivada del hecho de que la mayor parte de las mujeres brasileñas es usuaria del SUS y que, para ellas, la legalidad es condición para la interrupción de la gestación, más de que del argumento que la anencefalia es un fenómeno exclusivo de la pobreza. Otro dato que comprueba la extensión amplia de la anencefalia en Brasil es que, según la Organización Mundial de la Salud, Brasil es el cuarto país del mundo en partos de anencéfalos, estando atrás sólo de México, Chile y Paraguay ^{16,17}. La explicación para este alto índice es la legislación prohibitiva en relación con la interrupción de la gestación en estos países.

Los 15 años de jurisprudencia brasileña de interrupción de la gestación por malformación fetal incompatible con la vida no se restringió a la anencefalia ⁶. La proposición de la ADPF sobre anencefalia se debió básicamente a dos razones. La primera de ellas por ser la anencefa-

lia una malformación fetal incompatible con la vida sobre la cual hay un consenso en la literatura médica internacional a cerca del diagnóstico y de la inviabilidad fetal. Las técnicas diagnósticas son simples y muy accesibles en el SUS, siendo la más importante de ellas la ecografía. La imagen de un feto con anencefalia es nítida hasta incluso para personas inexpertas en Medicina, lo que facilita la comprensión del diagnóstico y la toma de decisión. La segunda razón también de orden médico fue la estimación de que la anencefalia correspondía a por lo menos 50% de los cuadros de malformación fetal grave incompatible con la vida ya juzgados por la justicia brasileña.

Ante las convicciones científicas sobre la inviabilidad fetal, la alegación presentada al STF partió de principios éticos diferentes de los tradicionalmente evocados en el debate sobre la moralidad del aborto. En países con fuerte tradición católica, como es el caso de Brasil, el dilema del aborto está paralizado por el conflicto entre los principios del derecho a la vida del feto y el derecho a la autonomía reproductiva de la mujer para deliberar sobre su propio cuerpo. El presupuesto de la santidad de la vida del feto es un acto de fe que se traduce en la legislación penal por la prohibición del aborto incluso en estadios precoces de la gestación. La teoría de la potencialidad, al sostener que entre un embrión humano y un adulto hay sólo un lapso de tiempo, soporta la criminalización del aborto como un acto delictivo contra la persona¹⁷. La argumentación ética de la ADPF prescindió de un acuerdo moral sobre el estatus del feto para la defensa de la moralidad de la interrupción de la gestación en caso de anencefalia. Es decir, fue posible avanzar en el debate sobre la moralidad del aborto a partir de otras premisas éticas, sin que antes hubiese un acuerdo sobre el estatus moral feto. Y para este cambio de perspectiva, las características clínicas de la anencefalia fueron decisivas.

La anencefalia es una malformación popularmente conocida como "*ausencia de cerebro*", pues debido al no-cierre del tubo neural, el feto no desarrolla los huesos del cráneo impidiendo el desarrollo del encéfalo. Indiferente a cualquier postulado sobre el inicio de la vida humana como un hecho sociológico, la única certeza científica y moral es que un feto con anencefalia es un feto inviable, o sea, que no resiste al parto. Esa certeza de la inevitabilidad de la muerte precoz del feto, sea en el útero o inmediatamente después del parto, fue el fundamento moral para la sustentación de la tesis de que la interrupción de la gestación en caso de feto con anencefalia no se encuadraría en la

definición penal de aborto. Aborto, de acuerdo con el Código Penal, es un crimen contra la vida y contra una persona en potencia. A pesar de la controversia moral sobre el encuadramiento penal del aborto como un crimen contra la persona, en la anencefalia la única certeza científica y moral es la de la muerte inmediata del feto. Un feto con anencefalia no posee capacidad y potencialidad de vivir la vida, algo o alguien a quien no es posible imputar el principio de la santidad de la vida humana, pues le falta el propio fundamento del principio: la capacidad de vivir la vida².

Este cambio de perspectiva fue, en realidad, un cambio del debate moral del inicio de la vida al del fin de la vida. No sería preciso un acuerdo previo sobre lo que determina el inicio de la vida humana. El objetivo de la negociación fue desplazado hacia las definiciones médicas y jurídicas sobre cómo definir la muerte. Según la ley brasileña de transplantes de órganos, una persona está considerada muerta cuando no presenta más actividad cerebral¹⁸. Un feto anencefálico no posee actividad cerebral por la ausencia del encéfalo, siendo un "*natimuerto cerebral*", según el Consejo Federal de Medicina (CFM)^{19,20}. El concepto de natimuerto cerebral fue instituido por el CFM para permitir una analogía del cuadro clínico del anencefalo con el de una persona en muerte cerebral: el primero no posee actividad cerebral porque no tiene encéfalo, mientras que la segunda, por más que posea encéfalo, éste no funciona más. Fetos con anencefalia y personas sin actividad cerebral están, por tanto, consideradas muertas.

La definición del feto con anencefalia como muerto o potencialmente muerto permitió la reconfiguración definitiva del debate sobre la interrupción de la gestación en estos casos. La primera medida fue, al demostrar la falta de tipicidad para el crimen de aborto, redefinir el procedimiento médico como "*anticipación terapéutica del parto*". Si el aborto es un crimen contra la vida presente o contra la vida en potencia, esta definición jurídica no se aplicaría a la situación clínica de la anencefalia, pues no hay vida en potencia. En este sentido, la acción presentada a STF no mencionó la categoría aborto, sino la anticipación terapéutica del parto. Ésta, realmente, fue una estrategia jurídica y sociológica de reconfiguración penal del aborto, de forma que se permitiera que, superado el dilema paralizante del derecho a la vida del feto *versus* el derecho a la autonomía reproductiva de la mujer, otros principios éticos pudiesen ser evocados para solucionar la cuestión. Y fue en este paso del aborto a la anticipación tera-

peútica del parto que principios ya consolidados de la cultura de los derechos humanos fueron evocados para fundamentar la ética de la interrupción de la gestación en caso de anencefalia en el feto.

La ADPF es una acción de emergencia propuesta en situaciones de infracción de los principios constitucionales. En el caso de la anencefalia, la tesis ética y jurídica sostenida fue que, en ausencia de la tipificación penal del crimen de aborto, sería una infracción de principios constitucionales prohibir a una mujer interrumpir la gestación o incluso exigir autorización judicial para el procedimiento médico. En este sentido, en ausencia de la tipificación del crimen de aborto y en la seguridad de la muerte inevitable del feto, exigir de una mujer el deber de la gestación de un feto con anencefalia pasó a ser considerado un acto de tortura y de violación de los principios fundamentales, como el derecho a la salud, a la libertad y a la dignidad. Este cambio de perspectiva representó un giro en el debate público brasileño, pues por primera vez el tema del aborto pasó a ser discutido en el lenguaje de los derechos humanos y no ya como un enfrentamiento contra argumentos religiosos y actos de fe. En realidad, el resultado final de esta reconfiguración jurídica y moral provocada por la anencefalia fue la demostración de la imposibilidad de defender el deber de la gestación de un feto con anencefalia por dogmas religiosos. Por premisas laicas y amparadas en el ordenamiento jurídico y científico dominante en el país, no se puede sostener la criminalización de la interrupción de la gestación de un feto con anencefalia.

La acción de anencefalia fue una cuestión aislada en el escenario político más vasto del aborto en Brasil. Su fuerza fue haber provocado una sucesión de debates públicos en torno a cuestiones-clave para nuestro ordenamiento jurídico, como la laicidad del Estado e incluso el carácter punitivo de nuestra legislación del aborto. Asimismo, los principios morales evocados para soportar la eticidad de la interrupción de la gestación en caso de anencefalia en el feto son también válidos para sostener el derecho irrestricto al aborto. Así como en la anencefalia, no le cabe al Estado decidir cuando las mujeres deban interrumpir una gestación. Pero tampoco no le cabe prohibir a las mujeres decidir sobre cuándo deben interrumpir una gestación. Superado el dilema paralizante del principio del derecho a la vida del feto *versus* la autonomía reproductiva de la mujer, la anencefalia permitió ampliar el horizonte de comprensión de los fenómenos sociales y morales envueltos en una decisión de interrumpir una gestación. Por primera vez en la historia, el STF convocó una audiencia pública para deliberar sobre un tema, un claro indicativo de la importancia política de esta cuestión. Solamente después de la audiencia, es cuando el tribunal en plenario se reunirá para juzgar definitivamente el peso de cada principio ético apelado en la acción judicial. Éste será un juicio histórico no solamente por los desafíos políticos y éticos que envuelven la propia estructura constitucional del Estado, sino principalmente porque será la primera vez que seriamente Brasil enfrentará un tema de derechos reproductivos como una cuestión de derechos humanos.

Resumen

La Argumentación de Descumplimiento del Precepto Fundamental sobre la anencefalia presentada al Supremo Tribunal Federal (STF) es un marco para el debate sobre el aborto en América Latina. Desde la edición del Código Penal Brasileño, en 1940, hubo fuertes resistencias cualquier modificación en la política de aborto en el país. En este artículo serán discutidas las estrategias argumentativas y políticas utilizadas para la acción de anencefalia en el STF, en especial la tesis ética y jurídica utilizada de que la interrupción de la gestación en casos de anencefalia no constituye aborto, debiendo ser considerada una anticipación terapéutica de parto.

Anencefalia; Viabilidad Fetal; Bioética; Aborto

Referências

1. Brum E. Guerra dos embriões. *Época* 2004; 304:68-72.
2. Diniz D, Ribeiro D. Aborto por anomalia fetal. Brasília: Letras Livres; 2004.
3. Gollop T, Pimentel S. O STF e anomalia fetal grave: justiça. *Jornal da FEBRASGO* 2004; II:10-1.
4. Biancarelli A. STF libera aborto em caso de anencefalia. *Folha de S. Paulo* 2004; 02 jul.
5. Diniz D. Quem autoriza o aborto seletivo no Brasil? Médicos, juízes e promotores em cena. In: Grossi M, Porto R, Tamanini M, organizadores. *Novas tecnologias reprodutivas conceptivas: questões e desafios*. Brasília: LetrasLivres; 2003 p. 139-54.
6. Frigério M, Salzo I, Pimentel S, Gollop TR. O obstetra brasileiro frente ao abortamento seletivo. *Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal* 2002; 8:15-32.
7. Diniz D. O aborto seletivo e os alvarás judiciais. *Bioética* 1997; 5:19-24.
8. Ribeiro D. Promotoria de justiça criminal de defesa dos usuários do serviço de saúde. *Pró-vida*. *Revista do Ministério Público do Estado de Pernambuco* 2000; 3:329-44.
9. Conselho Regional de Medicina de Brasília. *Anencefalia e o STF*. Brasília: Letras Livres; 2004.
10. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. *Plano nacional de políticas para as mulheres*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres; 2004.
11. Melo J. Aborto na imprensa brasileira. In: Oliveira MC, Rocha MIB, organizadores. *Saúde reprodutiva na esfera pública e política na América Latina*. Campinas: Editora da Unicamp; 2001. p. 263-77.
12. Brasil. Lei 9.882. *Diário Oficial da União* 1999; 6 dez.
13. Góis F. Pelo direito de decidir. *Correio Braziliense* 2004; 5 dez.
14. Swaiman K, Ashwal S. Anencephaly. In: Swaiman K, editor. *Pediatric neurology: principles and practice*. v. 1. Boston: Mosby; 2003. p. 250-1.
15. Horovitz D. Um caixão ambulante. In: ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, organizador. *Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade*. Brasília: Letras Livres; 2004. p. 29-30.
16. World Health Organization. *World atlas of birth defects*. 2nd Ed. Geneva: World Health Organization; 2003.
17. Boonin D. *A defense of abortion*. Cambridge: Cambridge University Press; 2003.
17. Medeiros M. Anencefalia no Brasil: o que os dados mundiais revelam? In: ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, organizador. *Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade*. Brasília: Letras Livres; 2004. p. 21-2.
18. Brasil. Lei 9.434. *Remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento*. *Diário Oficial da União* 1997; 5 dez.
19. Conselho Federal de Medicina. Resolução 1.752. *Autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais*. Brasília: Conselho Federal de Medicina; 2004.
20. Becker M. Anencéfalo: um natimorto cerebral. In: ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, organizador. *Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade*. Brasília: Letras Livres; 2004. p. 32-3.

Recibido el 17/Ene/2005
Aprobado el 27/Ene/2005